

POR
D. JUAN DOMINGO
SAPORITO, CAVALLERO DEL ORDEN DE SEñOR SANTIAGO, DEL CONsejo de su Mageſtad, y Contaduria Mayor de Hazienda, y Adminiſtrador de la Real Aduana de la Ciudad de Cadiz.

EN EL PLEYTO

CON D. ANTONIO FEDRIANI, VEZINO DE la Ciudad de San Lucar de Barrameda.



N. 1. NO permitiò el derecho que alguno se vtilizase, mediante su proprio dolo, y reprobaron este interesse las decisiones de los Jurisconsultos: In text. *in leg. Itaque in principio, ff. de furtis*, ibi: *Sed nemo de improbitate sua consequitur actionem.* Et in text. *in leg. Remunerandi*, §. *Marius 7. ff. mandat.* ibi: *Sed rectissimè D. Fratres rescripserunt, nullam actionem eum propter suam celiditatem habere.* Et in text. *in leg. Ita demum. ff. de arbitris,* ibi: *Ne quis doli sui præmium ferat.* Y es decission que autorizan Barbos. *in cap. 15. de rescript. in num. 7. & in axiomat. 102. num. 1.* Dom. Salgad. *de Retent. part. 2. cap. 20. num. 69.*

2 Este juridico concepto excluye la accion intentada por Fedriani contra Don Juan Domingo en este pleyto, por prepararla el consiguiente à que la reduze su continuado dolo en muchos años premeditado.

3 Tuvo este principio, por el contrato efectuado en Genova entre Fedriani, y Juan Baptista Solaro, Fabricante de sedas de aquella Ciudad, hallandose en los dos promiscuo el animo, y afecto de engañarsa vno à otro.

4 Practicò esto Fedriani en la solicitud de negociar el inutil Balsamo, que hasta entonçes no pudo (como de los autos resulta, y en su lugar diremos) y manifestò el opuesto Solaro, hallando, y consiguiendo modo de ven-

der sus mercaderias por todo su valor, sin atencion al del Balsamo; pues de ellas quedaba pagado con la cantidad que recibio en reales, en la calidad de las mercaderias, que supuso à Fedriani, y excessivo valor en que se contrataron, computado, el que el Balsamo no tenia, ni era necessario para la vtilidad de Solero: este pagado, y Fedriani contento con salir, à su parecer, vtilizado en el imaginario beneficio de su especie, que no ignoraba ser inutil.

5 Continuò el dolo proprio Fedriani en los autos, à que diò principio en Cadiz, pretendiendo en el mes de Septiembre del año passado de 701. que Don Juan Domingo exhibiesse las Faturas de las mercaderias, que en seis casas desde Genova, se le avian remitido hypotecadas à mayor summa de su legitimo valor, que excedian los desembolsos, è interesses de sus correspondientes.

6 No consistiendo su dolo en la pretension de la exhibicion, si en el silencio desde el referido año hasta el de 704. y desde este hasta el de 713. en el qual exclamando juridicas razones por su dolo, intentò contra Don Juan Domingo, mas, que grande interès en su consequencia, y hazer de su silencio justicia, y que este le patrocinasse contra toda equidad: Vt constat ex text. *in leg. Verum*, §. *Tempus, ff. pro socio*, ibi: *Equum non esse, dolum suum quemquam relevare.*

7 Y sacar grande logro de su dolosa intencion, lo que no permite el derecho: Text. *in leg. 1. in principio, ff. de dolo malo*, ibi: *Ne*

vel

vel illis malitia sua sit lucrosa. Text. *in leg. Nec ex dolo, ff. eodem*, ibi: *Ne ex dolo suo lucrentur.*

8 Para este mal fin pretendiò, que Don Juan Domingo le sancase la perdida, que supone aver tenido en la venta de las hypotecadas mercaderias, siendo su intento, y expressada pretension en los autos, se condene à Don Juan Domingo à la satisfaccion de crecidos valores, que à su arbitrio les dà en defecto de la impossible exhibicion, que de primera intencion pide esta parte haga de las referidas casas, y mercaderias.

9 A cuyas pretensiones, le es precisa la oposicion à esta parte; yà porque no es deudor à Fedriani de maravadis algunos, si acreedor contra los bienes, que no tiene, por cinco mil quatrocientos y setenta y quatro pesos y medio, que el Fedriani debe satisfacer; yà porque este no logre fruto alguno de su malicia, como dixo el text. *in leg. fin. C. de legib.* ibi: *Vt non accipiat fructum suæ caliditatis.* Y el text. *in leg. Sed sit*, §. *Plane in fin. ff. ad exhibendum*, ibi: *Ne ei sua caliditas prosit.*

10 Por cuyos justos motivos, es la pretension de Don Juan Domingo en este pleyto, se declara no ser de su obligacion la exhibicion de mercaderias, que en el año passado de 713. pretendiò Fedriani, ni aver lugar al juramento in litem, que el mismo pide para justificar imaginarios valores de mercaderias no existentes, y que se le condene à la paga de los cinco mil quatrocientos y setenta y quatro pesos escudos y medio; porque esta parte es acreedor,

confirmando el auto de la Justicia Ordinaria de Cadiz, en quanto declarò, no aver lugar dicha exhibicion, y revocandolo en quanto no condenò al Fedriani al pago de la referida cantidad à esta parte debida.

11 No duda Don Juan Domingo, que el dueño de la prenda empeñada, tenga accion para pedir, que el Acreedor, en cuyo poder se halla la exhiba para su desempeño, pagandole su credito; ò para que à el mismo efecto se venda. Ex Doctrina Dom. Salgad. *part.* 1. *Labyrint. cap.* 11. *num.* 9. & 10. Luca *de Credito. discurs.* 22. *num.* 18.

12 Si entiende tener esta regla muchas excepciones, las que le escusan de semejante obligacion, resulta vna de la primera inspeccion del hecho de este pleyto, por no ser da al Acreedor accion alguna para el desempeño de la prenda, si estando empeñada en su equivalente valor, el Deudor por mucho tiempo calla, sin solicitar su desempeño; porque en este caso, se entiende dexada pro de relicto, y dada insolutum al Acreedor, cuyo dominio assi adquirido, excluye la accion ad exhibendum, que resultaba del que antes el Deudor tenia, y de que le privò su mismo hecho. Gaito *de Credit. cap.* 4. *num.* 1097. Merlino *de Pignorib. lib.* 5. *tit.* 1. *quæst.* 45. *num.* 73. *cum sequentibus.* Luc. *de Credito. discurs.* 136. *num.* 2.

13 Resultando de esto facultad en el Acreedor para enagenar à su arbitrio la prenda, y tomar satisfaccion de su credito, lo que no es nuevo en el derecho; porque esta facultad, que del silencio, y omission del Deudor

se-

resulta, equivale à la que es dable se le conceda en fuerça de pacto.

14 Como sucede en el de la *ley Commissaria*, que es puesto al tiempo del empeño, para que no desempeñando el deudor la prenda en el termino, que se prefine, quede vendida al Acreedor por la misma cantidad en que fue empeñada; cuyo pacto, aunque se reprueba en el caso, que el valor de la prenda es superante à la cantidad del empeño, por no ser respectiva la venta à su justo valor, si à la necessidad del Deudor, lo que le haze vsurario. Vt docet Dom. Covarrub. *lib.* 3. *variar. cap.* 2. *num.* 7. versic. *Quam ob rem.* Et ibi Faria, *num.* 75.

15 Se permite, quando el valor del empeño se arreglò, y fue equivalente al que en lo regular la prenda pudo tener al tiempo, que fue empeñada. Dixolo asi el text. *in leg.* 41. *tit.* 5. *part.* 5. Et ex Patre Molin. Menoch. D. Gregor. Lopez, & alijs tenet Faria in Add. ad Dom. Covarrub. *dict. lib.* 3. *cap.* 2. *num.* 74.

16 Que las mercaderias remitidas en empeño de Genova, perteneciessen à Fedriani, èl lo afirma, y es el motivo de este pleyto; como asimismo, que quedaron empeñadas luego que se contrataron con Solaro, y en poder del mismo por el valor en que se ajustaron, menos el de onçe mil pesos en que se estimò el balsamo, cuyo cambio fue parte del contrato.

17 Que estas se remitiessen à Don Juan Domingo con la misma calidad del empeño, que importò diez y nueve mil y noventa y nueve pesos escudos, con orden, para que pagados dentro de dos meses de llegadas al Puerto

de

de Cadiz por dicho Fedriani las entregasse, y passado el termino de los referidos dos meses sin aver hecho el pago, pudiesse Don Juan Domingo beneficiarlas, y venderlas, para con su procedido reembolsar à sus correspondientes de la cantidad del empeño, y al mismo Don Juan de los gastos de fletes, derechos, y demàs que tuvo en el recibo de las referidas mercaderias, lo declarò assi Don Juan en su primera declaracion, y es hecho en que las partes vàn conformes.

18 Es tambien constante, que en el pedimento, que Fedriani presentò en Cadiz en el dia 17. de Septiembra del año passado de 708 afirmò aver reconocido todas las mercaderias, que en dichas caxas venian, y halladolas, no de aquella calidad, que para el contrato se expressò tenian, afirmando, que vna porcion de cortes de puntas de mantos, no correspondia à la muestra, ni calidad finissima de primera suerte que avia contratado.

19 Y que trecientos pares de medias de seda de punto fino, las hallò de punto falso, y todas manchadas, y tres mil pares de medias de aguja encarnadas, con otros quatrocientos pares del mismo color al telar, que debian pesar dos onzas y quarta, se hallaron en las remitidas no correspondientes à este peso, estando el Fedriani gravemente damnificado, por ser mucha la diferencia en los precios, y valor de dichos generos, y que se avia faltado à la buena fee, y legalidad conque se debiò proceder en el contrato.

20 Que estando el Fedriani, y avien

do

do siempre estado prompto à satisfacer la cantidad liquida de dicha hypoteca, entregandosele los dichos generos de la calidad que los contratò, no lo avia hecho por la causa referida.

21 Todo este hecho lo refiriò en pedimento presentado por Juan Bernal Cantero, Procurador en su nombre, de cuyo poder ay testimonio en los autos; y siendo cierto, que lo que la parte alega en vn pedimento, equivale à confession propria, y tiene la misma eficacia la prueba, que la confession haria. Vt probat text. *in leg. Cum precum*, *C. de liber. causa.* Riccio *part. 4. Collectan.* 1059. Anton. Gom. *tom. 3. var. cap. 12. num. 4.* Et ibi Ayllon cum multis Dom. Larr. *decis. 42. num. 5.* Y tambien verdad, que la prueba, que resulta de confession, es la mayor, que conoce el derecho. Pareja *de Instrument. edit. tit. 9. resol. 2. num. 16. & seqq.* Scobar *de Puritat. 2. part. quæst. 6. §. 1. num. 1.* Parece, que con confiança debemos afirmar ser indubitado el hecho antes expressado.

22 E infiriendose de èl, que Fedriani conociò averle engañado Solaro, poniendole tan grande numero de mercaderias de especie infima, y de mala calidad, por valores correspondientes à la finissima, y superior.

23 Constando de su confession ser esta la causa de no aver passado al desempeño entregando la cantidad en que venian empeñadas, aviendose esperimentado, que en tanto tiempo no solicitò la exhibicion, y pago, pagando à Don Juan Domingo la cantidad, que conforme al pacto de la hypoteca, y gastos sub-

ſiguientes, debia ſatisfacerle : nō parece debemos recurrir à que otro diga, quando el miſmo Fedriani lo confieſſa, las dexo pro derelicto, y que tuvo por mas conveniente, que eſtas ſe vendieſſen en el intrinſeco infimo valor, que tenian, que no el deſembolſo de la cantidad, que debiò pagar para entregarſe en ellas.

24 Sin que excluya eſte concepto, el que replique no aver hecho el deſempeño por falta de dinero; porque aunque no lo tuvieſſe, no es de creer, que ſi las mercaderias fueſſen del valor que oy afirma, huviera omitido ſolicitar ſu venta para el reembolſo del caudal, que en ſu valor le quedaſſe, pagado el empeño, cuyo intereſſe es muy regular ſolicitarſe ſin la omiſsion, que pudiera ſer cauſa de perderlo, añadiendo por ello intereſſes de tierra, que ſegun el pacto, à eſtilo de Comercio, era preciſo ſe fueſſen acreciendo à la cantidad del empeño, luego que paſſaſſen los dos meſes prefinidos para ſu paga; no procurò, ni la referida vtilidad, ni el remedio de tan conocido perjuizio, ſi omitiò la diligencia, que para vno, y otro debiò hazer.

25 Luego, ò le hemos de creer enemigo de ſu caudal, mal Comerciante, amante de ſu perjuizio, y nada cuydadoſo de ſu vtilidad: ò hemos de entender, qne el valor de las mercaderias, ſegun la calidad, que èl reconociò, nō equivalia al deſempeño de la cantidad à que eſtaban obligadas, eſto es lo regular; pues nadie ſe preſume deſprecia ſu vtilidad, luego el no poderla tener en las mercaderias Fedriani, fue la cauſa de tan prolongado ſilencio, y aver-

las

las dexado pro de relicto, interessandose, en que no le pidiessen la cantidad, que faltaba para el desempeño, despues de liquidado el valor de las mercaderias, y credito, que contra ellas tenia hasta su venta, contraydo Don Juan Domingo por sì, y por el interesse de sus correspondiencias.

26 Es la segunda excepcion, que limita la regla en que funda su accion Fedriani, la que resulta del pacto celebrado en Genova para el empeño de las mercaderias, qualidades con q̃ desembolsò Don Juan Lorenço Saporito su caudal en Genova.

27 El qual debe observarse. Vt constat *ex leg. Contractus* 24. *de regul. iur.* ibi: *Legem enim contractus debit.* Et *ex leg. Veteribus* 40. *ff. de pact.* ibi: *Inquorum fuit potestate, legem apertius conscribere.*

28 Son sus clausulas, y calidades las que han de dàr la ley para la decisión de las acciones, y obligaciones, que de èl resultan.

29 Don Juan Domingo no fue el que pactò, si vn correspondiente à quien se confio la execucion del pacto; no tuvo mas obligacion, que observar executar el mandato sin exceder de su forma, y orden especifica, que se avisò executasse. Text. *in cap. vltim. de restit. spoliat.* Barbos. *in cap.* 4. *de postuland. num.* 4. Dom. Salgad. *de Reg. Protect. part.* 4. *num.* 3. *ex num.* 36. Dom. Valençuel. *consil.* 3. *ex num.* 42.

30 Y lo executado por èl, no es hecho suyo, ni se debe atribuir à su arbitrio, si al de sus correspondientes, cuyo orden seguia.

Dom.

Dom. Solorç. *de Iur. Indiar. tom.* 1. *lib.* 2. *cap.* 6. *à num.* 32. Dom. Salgad. *de Reg. Protect.* 3. *part. cap.* 6. *num.* 18. cum multis Pareja *de Inſtrument. edit. tit.* 2. *reſolut.* 1. *num.* 38. Por lo qual, la accion intentada, no debe ſer contra ſus bienes, ſi contra los mandatarios contrayentes en Genova; pero en empeño de buen correſpondiente, y lo que le obliga manifeſtar la buena fee con que executò las ordenes, le preciſan al cargo de ſatisfaccer, ſi eſtas fueran conforme al pacto, y à eſte, y à ellas arreglado, lo que Don Juan executò.

31 Fue lo pactado en Genova, en cuyo hecho vàn las partes conformes, que las mercaderias ſe avian de remitir à Cadiz, empeñadas en diez y ſeis mil dozientos y quarenta peſos, pertenecientes à Don Jnan Lorenço Saporito, cantidad, que à cambio marictimo preſtò à Fedriani; y dos mil ochocientos y treinta y nueve peſos, que por ſu valor avia acreditado Bartolome Saporinas, condicion del empeño, que en termino de dos meſes, contados deſde el dia, que llegaſſen à Cadiz, las avia de deſempeñar Fedriani pagando los referidos creditos, fletes, derechos de Aduana, y demàs gaſtos que huvieſſen cauſado, con orden de entregarlo todo à Don Juan Domingo, la que ſe diò al miſmo, y en eſpecial, para que paſſado dicho termino, no aviendo hecho el referido pago Fedriani, lo vendieſſe, y beneficiaſſe, para con ſu producto pagar à dichos correſpondientes ſus creditos, y la demàs cantidad al empeño, acaecida por razon de los gaſtos hechos en Cadiz.

De-

32 Deviò saber Don Juan Domingo la obligacion que tenia, como mandatario, de executar puntual el orden referido, requiriò passado el termino judicialmente à Fedriani en Cadiz el dia 17. de Septiembre del año de 701. cumpliesse la obligacion de pagar la cantidad del empeño, protestandole de no hazerlo la venta, y beneficio de los generos empeñados, de que avia llegado el caso, segun el orden de sus correspondientes, por ser passados los dos meses del plazo, à los que solo debia tener por dueños de las Caxas, y no à otro, segun està plenamente probado.

33 Cuyo requerimiento no ignorò Fedriani; pues tomò los autos con la referida declaracion, que lo contenia; y en el dia veinte del mismo mes, y año, refiriendose à ella, pidiò, que Don Juan Domingo exhibiesse las Faturas, que avia declarado estàr en su poder, omitiendo el desempeño, que era de su obligacion, para el qual yà se hallaba interpelado, ò en fuerça del pacto, y dia cierto en èl expressado para el desempeño, que estaba interpelando, sin que fuesse necessario hecho alguno de Don Juan Domingo, secundum text. *in l. Magnam* 12. *C. de contrah. & commit. stip.* ibi: *Sciat, minimè se posse, debitor ad evitandam penam adijcere, quod nullus eum admonuit.* Y despues, ibi: *Cum ea quæ pramisit ipse in memoria sua servare non ab alijs sibi manifestari debeat poscere.* Es concordante el text. *in leg.* 8. *tit.* 14. *part.* 5. Et tenet Gutierr, *de Iuramento confirmat. part.* 1. *cap.* 56. *in princip.* Gom. *tom.* 2. *vàr. cap.* 11. *num.* 25. Guzm. *de Evict. quæst.* 4. *num.* 17.

34 O en fuerça del requerimiento judicial, si pretente à su favor la decision de la *ley 41. tit. 13. part. 5.* porque aunque por esta ley la facultad que tiene el Acreedor para vender la prenda, es con la calidad de hazerlo saber antes que la venda al que se la empeñò, estando en el lugar donde se ha de hazer la venta, y siendo possible à el Acreedor el requerimiento; luego que Don Juan Domingo logrò la existencia de Fedriani en Cadiz, la que no era regular, le requiriò executasse el desempeño, que no executò; y conforme la misma ley, pudo passar la venta.

35 Confirmando esta potestad la costumbre en el Comercio de aquella Ciudad, de lo que vniformes testifican muchos testigos, afirmando ser estilo en el referido Comercio, que quando se remiten ha algun Comerciante por otro de distinta Ciudad, ò Reyno, mercaderias hypotecadas à el pago de alguna cantidad, asignado plazo para èl; y con orden, para que passado no pagando voluntariamẽte el deudor, se vendan para hazer el pago (que es la misma orden que Don Juan Domingo tuvo) el Mandatario siguiendo la orden de su correspondiente, no considerando otro dueño, sin requerimiento de el Deudor, vende las hypotecas à los precios corrientes, da satisfaccion de sus creditos à sus correspondientes, y si sobra algo, lo entrega à el dueño de la hypoteca, quien no alcançando para el pago de lo que debe, el valor de ella, queda obligado à la satisfaccion de lo que falta.

36 Y siendo de tanta fuerça la cos-

tumbre

tumbre, que habilita à el que de derecho es inhabil para hazer qualquier acto, haze licito, lo que sin ella fuera ilicito, excluye el concurso de solemnidades de derecho; ò añade las que conforme à el, no son necessarias. Vt cum multis tenet Dom. Salgad. *part.* 1. *Laberynt. cap.* 1. *§.* 2. *num.* 49. 50. & 52.

37 Tan poderoso su efecto, que no obstantante ser de derecho preciso el decreto de el Juez para la enagenacion de bienes de menor Yglesia, ò otro pribilegiado, aviendo costumbre, y practica de hazer las enagenaciones referidas sin dicha solemnidad, sin ella valen, y las deroga la costumbre. Dom. Covarrub. *lib.* 2, *variar. cap.* 12. *num.* 2. Barbos. *in Collectan. ad cap.* 2. *de Feud. num.* 4. Noguer. *allegat.* 6. *ex num.* 31. Et alijs quos cumulat Dom. Salg. *dict.* §, 2. *num.* 54.

38 Estando probada con deposiciones de Mercaderes, que tienen conocimiento, y ciencia de la costumbre, y estilo entre ellos observado para su comercio, à cuyas deposiciones se debe estàr. Vt tenet Sabeli *in Summa diversor. tractat.* verbo. *Mercator. num.* 20. *§.* 2. Aunque sea assi, que por la ley de Partida referida, se prevenga para seguridad de el Acreedor la noticia, y requerimiento à el dueño de la prenda, llegado el caso de su venta, conforme à el pacto, la referida costumbre pudo derogar semejante necessidad.

39 Y con especialidad siendo todos Comerciantes los que intervinierõ en el pacto, y como tales, noticiosos de la referida costumbre, debiendose entender, contrataron segun ella.

ella. Menoch. *lib.* 3. *præsumpt.num.* 8. Magon: *in Decis. Florent.* 94. *num.* 5.

40 La que en este caso es mas digna de atencion con todos sus efecto, por ser costumbre, y estilo observado entre Mercaderes, à el que se debe estàr, y no à otra solemnidad, y requisito de derecho. Sabeli *in Summ.* veb. *Mercat. num.* 10. *versic. fin.* Thusc. *litt. M. conclus.* 207. *per tot. & sequentib.* Afirmando lo mismo por efecto general de la observancia, y estilo en qualquiera contracto, ò acto de qualesquiera personas; y que es bastante para excluir nulidades. Ex defectu formæ solemnitatis alias requisitæ Burg. de Paz. *Consil.* 15. *num.* 3. Gracian. *discept.* 234. *num.* 25. Fontanel. *de pact. claus.* 1. *ad num.* 32. Gait. *de Credit. cap.* 3. *tit.* 1. *num.* 47. Dom. Castill. *de Tertijs, cap.* 7. *num.* 10. *& sequentib.*

41 Y aun en causas de mas gravedad, y seriedad, como son las de los Tribunales Superiores, es tan poderosa la fuerça de el estilo observado en ellos, que este basta para dàr jurisdiccion en los casos en que no la ay, derogar leyes, è introducir contra ellas contrarias disposiciones. Vt tenet Giurb. *cons.* 39. *num.* 69. Dom. Valenç. *cons.* 8. *num.* 8. Dom. Amaya *in leg.* 3. *C. de bon. Vacant. num.* 21. Dom. Castill. *lib.* 6. *cap.* 12. *num.* 36. Dom. Larr. *decis.* 47. *num.* 14. Dom. Cresp. *observ.* 1. *num.* 163. Ex his, & alijs quam plurimis Matthæu *de Re Crim. controv.* 25. *num.* 19.

42. Luego si Don Juan Domingo requiriò à Fedriani, y desempeñasse las Mercaderias, por ser passado el plazo para este efecto asig-

asignado, y aunque no huviesse requerido el mismo termino, y plazo, lo estaba requiriendo, è interpelando, para que cumpliesse la obligacion, aun en los terminos de la ley de partida yà citada, cesaba la accion intentada por Fedriani, y la obligacion en Don Juan, quien no solo para salir de ella se à reglò a la constumbre, y estilo à que se debe estàr, si no tambien à la observancia de el requisito legal de el requerimiento, el que no fue bastante para que Fedriani solicitasse el desempeño: Luego es preciso entender no tiene accion alguna, y que la que practica contra Don Juan, es motivada de su mala fee, y dolo de el que quiere sacar vtilidad, contraviniendo à toda natural, y legal razon; porque debe ser su pretension no estimada.

43 No aprovechandole quiera replicar, que aunque confessasse (que no harà) ò no aver sido necessario el requerimiento, ò estàr hecho, por no poder negar la constumbre, ni el ser cierto fue requerido, nada es bastante, para escusar à Don Juan de la exclusion pretendida, no siendo solo preciso el requerimiento, si debiendo concurrir con el que fuesse publicamente hecha la venta de las empeñadas Mercaderias.

44 Confessamos es legal la replica; pero no es menos juridica la satisfaccion, que resulta de la distincion de la cosa dada en empeño; porque si esta es raìz, ò alhaja preciosa que por su qualidad tiene especial intrinseca estimacion, qualquiera de ellas vendida sin preceder almoneda, y publico reconocimiento, lleva en la venta preparado el dolo, falta de claridad, y

buena fee, de que resulta la accion en el dueño para pedir la exhibicion de la alhaja, y en su defecto restitucion de el daño, ò dezir de nulidad de la venta de bienes rayzes sin dicha solemnidad celebrada; en este caso, solo le confessaramos à Fedriani alguna accion si fuesse intentada en tiempo.

45 Empero, segun la especie de mercaderias vendidas, esta la que intenta excluyda de todo legal fundamento; porque aquellas cosas, cuyo valor es igual à otras de la misma especie, bondad, y ley, que en el comercio es conocido, porque recipiunt functionem ingenere suo, no es preciso para su venta la subhastacion publica, pues basta hazerla segun los precios, que el Gomercio de semejante practica. Ita Gracian. *discept.* 811, *num.* 11. Vbi multos Posthia *de Subhastat. inspect.* 3. *num.* 58. & *inspect.* 7, *num.* 28.

46 Y es la razon; porque en los bienes rayzes, y aquellos que por sì tienen especial estimacion, sin la almoneda publica, tassacion precedente para su validacion necessaria, no se puede manifestar su justo precio, ni ocurrir à la satisfaccion de el dueño, sin muy especial probança de el legitimo valor, la que es muy dificil en la alhaja preciosa no existente, lo que no succede en los generos de este pleyto, que por Don Juan fueron vendidos; pues por ser de aquellos que frequentemente se comercian siete testigos contestes, en vista de las Faturas, que expressaban la calidad de los generos, depusieron, que los valores en que los dà vendidos Don Juan, son legitimos, y aun superabundantes à

di-

dinero prompto, aviendo testigos que deponen, que à el fiado vendieron à menores precios mercaderias de la misma, y aun superior qualidad, extendiendose todos à dezir, no tendrian la mejor las empeñadas, por ser cambalachadas à otros generos; y que en semejantes contratos, no se comercian las de mejor calidad.

47 Luego si la almoneda solo es necessaria para justificar el legitimo precio con la fee de la publica subhastacion, y esto se halla justificado en estos autos, por la qualidad de las mercaderias hypotecadas, la que la exceptua de la decision de la ley, parece debemos entender se aprovecha de ellas Fedriani para dàr color à su aparente accion, no pudiendo entender tenga su razon concordancia con la que la ley tuvo para decidir.

48 No obstante, tan legitimas excepciones, que de la primera inspeccion resultan, son muchas las exclamaciones hechas en los autos contra Don Juan Domingo; y aunque en ellos las dexò sin respuesta, por estàr incluydas con los supuestos falsos, que las fomentan, aviendo tomado la pluma, serà preciso hazer demonstracion de esta falsedad, y no ceñirse solo à la generica exclusion hasta aqui observada.

49 Exclama falsedad en el juramento hecho, debaxo, de que afirmò tener en su poder Fatura, y reconocimiento de las Caxas; fundandolo, en que incontinenti, sin juramento (aunque se supone lo hizo) dixo no podia entregarlas, porque los conocimientos los avia entregado à los Capitanes de el Navio segun estilo

tilo ; y que las Faturas que tenia , solo eran la distincion del contenido de las ordenes de sus correspondientes, que avia puesto en sus libros.

50 Excluye esta supuesta falsedad , y persuade lo temerario de su expresion el mismo Fedriani , aviendose conformado , en que los conocimientos son instrumentos de descargo de los Capitanes de los Navios , à quienes por esta causa se les entregan , lo que tambien està probado , quedando solo su ponderacion en la falta de la Factura ; y en estàr contrario el hecho , que refiere Don Juan en la declaracion jurada, al que despues afirmò en la respuesta no jurada à la notificacion que le fue hecha para q̃ exhibiesse dichos conocimientos, y Facturas.

51 No tuvo mas testigo Fedriani pa justificar su existencia,que el mismo Don Juan, quien pidiò lo declarasse,declaròla primero en su poder, incõtinenti corrigiò este hecho como erroneo, no es negada esta correccion incontinenti, y se debe estàr à lo vltimo que se declara. Sanchez *de Matrimon. lib.* 2. *disp. num.* 6. D. Gregor. Lop. *in leg.* 5. *tit.* 16. *part.* 3. *gloss.* 2. Farinac. *quæst.66. de testibus,num.*227. Ciriac. *controv.* 250. *num.* 32.

52 Especialmente quendo no à avido colocucion , consejo , ni sujestion , como no la huvo, ni intermedio entre la declaracion jurada de Don Juan , y notificacion, que le fue hecha para que exhibiesse los conocimientos , y Facturas , que avia declarado tener. Text. *in leg.* 30. *tit.* 16. *part.* 3. vbi Dom. Greg. Lop.

53 Luego que dixesse primero tenia en su poder conocimientos , y Facturas , y des-

despues advertida esta clara equivocacion, ò suya, ò del Escrivano, que extendiò la declaracion, la reformasse, no dà motivo à exclamar falsedad, y aver faltado Don Juan à la Religion del Juramento, como temerariamente se ha alegado; si, para inferir aver avido error de hecho en lo declarado, por no ser dable se entregassen al Capitan los conocimientos, de que no se duda, y que despues se hallassen en poder de Don Juan.

54 Quien en quanto à Facturas en nada se opuso en su respuesta à la referida notificacion, à lo que antes tenia declarado; pues en su declaracion dixo genericamente tener en su poder Facturas, y cabe muy bien, entendiesse por Facturas las Ordenes, que de sus correspondientes tenia sentadas en sus Libros; y que lo declarado sin esta distincion, lo explicasse despues quando se le notificò las exhibiesse, y dixesse (como lo expressò) la forma en que las podia exhibir, que era manifestando sus Libros, para que de ellos se copiasse, à que se allanò.

55 No era de Fedriani el assumpto, que Don Juan exhibiesse Facturas, pues para nada las necessitaba (como despues diremos) si, preparar, y maquinar causa de supuestos daños con dolo, y malicia, mas que irregular, y aviendolos yà expressado, y pretendido, por el defecto de Facturas, serà preciso mas especial examen de este particular, y fundameto, q̃ pueda tener la muy ponderada exclamacion de el daño acaecido, por no averlas exhibido.

56 Esta fue pretender en el princi-

pio de este pleyto la referida exhibicion, y oy, el daño por su defecto, por la accion in factum que à su favor resulta, teniendo à Don Juan por persona publica, y con obligacion de exhibir. Ex text. *in leg. Siquis ex Argentarijs 6. §. Ex hoc edicto, ff. de edendo.*

57 Fundando el daño en dezir, que por el defecto de las referidas Facturas, no pudo reconocer las Caxas luego que llegaron de Genova, y examinar si conformaba con ellas la calidad de las mercaderias remitidas, cuyo daño imaginado, afirmando, ser impossible su prueba, y liquidacion, y que à todo ha dado causa Don Juan, lo pondera para que se difiera à su juramento su justificacion; y si el hecho se arreglara al derecho, y justas disposiciones, que tiene prevenidas, de que con grande erudicion hablò Pareja *tit*, 8. *resolut.* 1. *per totam*, no le faltarà apoyo en esta, y otras authoridades.

58 Que no sea cierta esta causa, quiere Dios lo confiesse el Fedriani, y repita frequẽtemente en sus alegatos, afirmando, que desde luego tuvo en su poder la que llama cierta Factura de la qualidad de las mercaderias, y especifica expression de ellas; y siendo toda su exclamacion, que por falta de Facturas no las pudo reconocer, se halla falsificado este hecho, y cõsiguientemente, no sèr cierta la causa del daño, que pondera; de que resulta, assi la exclusion de la accion intentada para la satisfaccion del daño, que por el defecto de exhibicion pretende; pues no se dà alguna al que puede probar su intencion sin el instrumento, que pretende se exhiba. Vt tenet Patian. *de Probat. lib. 1. cap.*

66. *num.*

66. *num.* 151. Et ex alijs Pareja *de Instrumen. Edit. tit.* 8. *resolut.* 1. *num.* 41.

59 Como ser maquinacion dolosa, y fraudulenta, imputar à el defecto de exhibicion de Factura la imposibilidad de reconocer las mercaderias, y su qualidad, al tiempo que llegaron à Cadiz, solo à fin de afectar accion, que no tiene, suponiendo para ello el hecho, segun lo necessita, sin atencion al verdadero que manifiestan los autos, y sus alegatos, en que expressa el conocimiento, en que siempre estuvo de los defectos de las mercaderias, y de la accion, que por esta causa pudiere fundar contra el Fabricante de Genova, por aver faltado à la legalidad del contracto.

60 Assi lo expressò en el pedimento primero presentado por èl mismo, que està al folio 2. en el qual, despues de aver referido los defectos, que avia reconocido en las mercaderias, prosigue diziendo, ibi: *Y porque en todo lo referido se halla mi parte gravemente perjudicacado, por ser mucha la diferencia en los precios, y valor de dichos generos, y la contraria à faltado à la buena fee, y legalidad conque debiò proceder en el contracto.*

61 No fue Don Juan Domingo quiẽ contratò con Fedrieni; conque lamentandose en el referido pedimento de la mala fee en el contracto, solo puede comprehender esta queja à Solaro conquien lo celebrò; y aviendo omitido el pedir contra este, y por mucho tiempo passado en silencio, que Don Juan tuviesse intervencion en la diferencia de mercaderias, lo que aora tan manifiestamente expone, aviendo

do tambien expressado el fin de esta impostura; es manifiesto el dolo, y maquinacion de toda su pretension.

62 Pues fundandose esta en que Dō Juan ocultò la Factura con animo de engañarle, precissa qualidad del dolo, de que le acusa, *ex toto tit. 1. tit. 16. part. 7.* no advierte, que este engaño pudo remediarlo, y no lo hizo.

63 Pudo; porque tenia en su poder, segun afirma, Factura legitima de todas las mercaderias, y su qualidad, no lo hizo, pues no presentò ante el Alcalde Mayor deCadiz la mis. Factura; y pidiò, que se reconociesse por inteligentes, si las mercaderias, que avia visto en poder de Don Juan Domingo, conformaban con las que la referida Factura expressaba.

64 Si huviesse executado esta diligencia, por ella reconociera la diferencia, que yà le era manifiesta, y vsara del recurso directo, que tenia contra Solaro, reconviniendole con la notable diferencia de las mercaderias remitidas, y de la satisfaccion de Solaro, ò su convencimiento, resultara, ò el cargo de Don Juan Domingo, si fuesse dable, ò la accion contra Solaro para que cumpliesse lo tratado.

65 No huvo menester para executar esta diligencia la exhibicion de la Factura, q̄ Don Juan tenia, pues le bastaba la suya: luego el pedir la exhibicion, no fue al fin de necessitar el instrumento, si, ha preparar motivos à su dolosa intencion, para atribuir à Don Juan cargos, que no son suyos, è incluirle en demanda, que por ningun caso le comprehende, probando su paciencia con tantas, y tan repetidas

re-

temeridades como ha discurrido, y pretestando con ellas aparentes motivos para escusar se dè las legales satisfacciones, que contra sì tiene la accion, que intenta.

66 Pues si pondera, que no le constituyò en mora la omission del desempeño, valiendose de no aversele entregado las mismas identicas mercaderias empeñadas, lo funda en no aversele exhibido la Factura, sin advertir, que su omission fue clara en no aver pedido en vista de la suya se justificasse el engaño, de que procediera manifestarse quien lo avia executado, y que sin incurrir en la omission, que le perjudica, ò en aquel tiempo de la llegada de las mercaderias, ò despues, tuviera grande fundamento para que no le perjudicara el engaño, y pedir, ò contra Don Juan Domingo, ò contra Solaro, justificado, qual de los dos lo avia executado.

67 No hizo esto, ni se valiò de otros regulares medios de que pudiera aprovecharse, si procediesse con verdad, y no con cierta ciencia, de que el engaño vino executado desde Genova, y no tenia recurso contra Solaro, pues este manifestara lo inutil del balsamo: Saporina, que fue quien intervino en el conttacto, descubriera los motivos de èl, y todo quedara claro, y con notoriedad la ninguna intervencion de Don Juan; pues no la tuvo, si no es en el nudo hecho de recibir las mercaderias conforme al orden de sus correspondientes; luego es manifiesto, que su animo nunca fue se manifestasse la verdad, pues no le convenia, si, inventar maquinaciones temerarias para reconvenir à quien no debe.

68 Lo que cõfirma aver dexado passar tanto tiempo sin pedir cosa alguna, no pudiendo ignorar, que las mercaderias hypotecadas, no podian permanecer existentes sin total perdida de ellas, ni el que por esta causa avia sido precissa su venta, y querer de este silencio, que persuade su consentimiento en la venta, y beneficio. Vt constat ex text. *in leg.* 1. §. *Voluntatem*, *ff. solut. matrim.* & *ex leg. Qui tacet. de reg. iur.* Dom. Covarrub. *in Pract. cap.* 15. *num.* 5. versic. 3. Menoch. *lib.6. præsumpt.* 99. *num.* 15. Mascard. *conclus.* 1158. *num.*47. Inferir, y sacar à su favor accion cierta contra Don Juan, que la hizo, conformandose con las ordenes, que tenia, y sin dolo, ni fraude, como està justificado, y persuade la qualidad de la hypoteca.

69 No ignora Fedriani estos claros argumentos, que desvanecen sus quimericos daños, è injusta culpa de que acusa à Don Juan para reconvenirle con ellos; por lo qual descõfiando de los que pide, y afirma, se le han seguido por la falta de exhibicion de Facturas; passa à impugnar la quenta en lo q̃ procede, cõ fundamentos tan ineficaces, como en todo lo que ha pretendido, siendo evidente prueba.

70 Que fundandose en lo regular los agravios de quentas por ocultacion de cargo, ò eccesso en la data, los que le opone à la que Dõ Juan presentò (llamandole Fadriani quenta, à lo que es sola vna simple relacion del valor en que se vendieron las mercaderias, para justificar aver sido èl legitimo, y que le consten à Fedriani, como asimismo lo que le està debiendo

do por razon de gastos, mas de la cantidad del empeño.)

71 Se reducen à dezir, que en la referida razon, ò quenta, se haze cargo de mas partidas de las que expressa la Factura, por Don Juan presentada; y aunque esto fuera assi, tanto dista de ser agravio, ò fraude, quanto prueba la buena fee observada por el mismo, haziẽdose integro cargo de lo que recibiò, conforme à la factura por Fedriani presentada, lo que si no executara, fuera manifiesto agravio de Fedriani, y con justa razon pudiera arguir de dolosa imperfecta, y de mala fee la quenta.

72 Demàs de ser incierto, que la quenta, ò relacion dada por Don Juan de las mercaderias vendidas, no conforme con la Factura, que tiene exhibida; pues aunque en ella no se especifiquen quatro mil trecientas y sesen-y dos varas de encaxes negros, de que Don Juan se haze cargo con la numeracion referida: la vltima partida de dicha Factura, concluye diziendo, *con los encaxes de guarnecer, negros*, que son los mismos de que Don Juan se haze cargo; y juntamente de setecientos y sesenta y siete cortes de puntas para mantos, no expressandose en la Factura mas que setecientos y veinte.

73 Y todo confirma su buena fee, y la especial viveza de Fedriani para desvanecerla, queriendo aun mismo tiempo manifestar injusticia en el defecto de exhibicion de Factura, y venta de las mercaderias, y falta de buena fee, no en la ocultacion de ellas, si no en la manifestacion de las que à Don Juan se le pudieran pedir, arreglandose à los instrumentos de Fedriani;

driani ; y que las mercaderias tengan valores excessivos al tiempo que las demanda, y sean de infima especie al tiempo, que las reconoce, que en este por los defectos, que experimentò, no fuessen capaces de entregarse en ellas, y pagar la cantidad de el empeño, y en el que las demãda, fuessen tales, que produxessen summas grandes en que se interessasse, y juntamente el pago de sus Acreedores, en que tambien ha tocado.

74 Haziendo cargo à Don Juan de no constar aver pagado el credito de su amigo, confidente Saporina, sin advertir, que las mercaderias vẽdidas, solo importaron diez y nueve mil y cinquenta y siete pesos, y seis octavos, con cuya cantidad, solo pudo aver para pagar diez y seis mil docientos y quarenta pesos escudos del credito de D. Juan Lorenço Saporito, cuyo prestamo fue primero ; y dos mil y quinientos pesos, que importaron los gastos de fletes, guias, despachos de Aduana, marchamo, sellos, Ministros, reconocedores de la ley de las mercaderias, conduccion de ellas à las casas de D. Juan, encomienda, Almacenes, y demas gastos, que por menor se expressan en la relacion por Don Juan presentada ; conque mal pudo aver residuo en que tuviesse cavimento el pago de Saporina.

75 Por cuya causa, yà vno, y otro vnidos, Saporina por no tener otra forma de cobrar de Fedriani, y este por lograr à expensas del credito, è inquietud de Don Juan Domingo alguna conveniencia, aviendosele denegado por la Justicia de Cadiz en 14. de Mayo del año de 704. la exhibicion de la Factura, de cuya

ya

ya providencia no apelò, por lo qual quedò firme, y executoriada, secundum *leg.* 1. *tit.* 18. *lib.* 4. *Recop.* aquietandose à esta declaracion, y mudando de medio el año de 713. quando yà las mercaderias estaban vendidas, intentò se apremiasse à Don Juan à la exhibicion de ellas, afirmando estaba prompto à pagarle la cantidad en que avian venido empeñadas. Y aviendose replicado por Don Juan, no poderlas entregar por averlas vendido, segun el orden de sus correspondientes: reduce Fedriani su pretẽsion, à que se declare no averse podido executar esta venta, y pide los valores de las mercaderias, diferida su justificacion à su juramento *in litem.*

76 Si en la primera inspeccion de las pretensiones de Fedriani, sobre que hemos hablado, *supr. ex num.* 11. desseamos fundar no tener accion para ella en la especial, que la propuesta tiene, se confirma el assumpto, y es manifiesta su mala fee.

77 Està probado plenamente, demàs de ser regular à qualquiera su inteligencia, que las mercaderias empeñadas, si no se huviesse passado à su venta, y beneficio por su calidad, ya estuvieran perdidas, y aniquiladas, sin que aprovechassen cosa alguna, ni à Fedriani, ni à sus Acreedores.

78 Que esta perdida debiesse ser de quenta de Fedriani, como procedida ex natura, & qualitate mericum, y sin hecho, ni culpa de Don Juan. Ex textual, *in leg.* 20. *&* 36. *tit.* 13. *part.* 5. Et tenet Merlin. *de Pignorib. lib.* 5. *quæst.* 130. Et Pater Molin. *de Iust. & iur. disp.*

 535. §.

535. §. *Quo ad vltimum, & sequentibus.*

79 No puede ignorar este hecho Fedriani, y sin embargo pide la exhibicion de las mercaderias, que no hizo en tiempo oportuno, y quando estaban existentes, por afirmar, no ser las mismas, que vinieron hypotecadas, y los demàs injustos fundamentos, que ha intentado cōciliar su malicia: luego esta se confirma mas, pretendiendo oy la exhibicion para preparar pedir imaginarios valores, y juramento *in litem* para su justificacion, queriendo aver tenido à Don Juan obligado en fuerça del contracto celebrado en Genova, à tener existentes las mercaderias en perjuizio del mismo Fedriani, y sus Acreedores, tener pagados estos, y que sea de la obligacion de Don Juan sanearle su ponderada perdida, y sacar vtilidad del contracto, para sì, y para su Acreedor Saporino, quando ni en el principio entregadas las mercaderias luego que vinieron de Genova, la pudieron tener.

80 Y queriendo tambien, que el cōtracto fuesse à su favor, y en todo perjudicial, no solo à Don Juan Domingo, si no à su hermano Don Juan Lorenço: à este, porque si las hypotecas estuvieran existentes, como podridas, y de ningun valor, no lo tuvieran para darle satisfaccion à Don Juan Domingo, porque fuera de su cargo esta, y demàs perdiera las cantidades, que desembolsò para fletes, y demàs gastos necessarios, hasta que se entregò en ellas.

81 Siendo necessario el referido cargo de Don Juan, por la obligacion, que tuviera de los daños seguidos à su mandante, por no

aver

aver executado el mandato, si no huviesse passado, como passò, no solo despues de dos meses, si no despues de dos años, q̃ le aguardò à Fedriani à vender las mercaderias, como quiera, que perdidas estas por defecto de la dicha venta, conforme al orden, esta no cumplida, era del cargo de Don Juan los interesses, y perdidas, que huvieran sido muy considerables. Text. *in leg. Si cui mandavero*, §. *Sicut. ff. mandat.* Text. *in leg. in Re mandata*, versic. *Aliena*, & *in leg. ad Comparandas*, *C. mandat.* Barbos. *Axiom.* 165. *num.* 6. Scob. *de Purit. part.* 1. *quæst.* 6. §. 2. *per totum.* Cyriac. *controv.* 165. *num.* 2.

82 Luego es manifiesta la mala fee de Fedriani, de aparentes motivos su pedimento; y al contrario, legitima la excepcion de D. Juan, quien aviendose arreglado al orden de su correspondiente, y qualidad del contracto, cumpliò con la obligacion à que le instaba para escusarse del daño, que le era cierto, no aviendolo, aviendo estado de parte de Fedriani, el que supone, por no aver desempeñado en tiempo, y passado en silencio tantos años el cobro de su caudal, que quiere aya estado guardado en perjuizio de tantos.

83 Luego si es preciso para que se le difiera el juramento *in litem*, que pretende: que funde accion Fedriani de esta por todos medios, se halla excluydo, por no aver hecho en tiempo el desempeño, por aver dexado tantos años pro derelicto las caxas con la cierta ciencia de no alcançar su valor à èl, y por no aver solicitado en tiempo, y quando pudo la legitima justificacion si correspondian, ò nò los generos remitidos à los contratados. Y

84 Y quē cōncurra en Don Juan Domingo dolo en la retencion, y contradiccion de la exhibicion, el que no ha tenido; pues el no hazerla, procede de las justas causas, que tiene expressadas, que le exoneran de la obligacion, porque es reconvenido, parece falta en Fedriani in totum la accion para la exhibicion pretendida, y consiguientemente no puede pretender se difiera à su juramento el valor, que supone aver tenido las mercaderias, que pretende se le entreguen; y no ser adaptable à su intento la *decission de la ley in actionib. 4. ff. de in litem iurando*, ni lo que dixo à este fin eruditamente Menoch. *de Arbit. lib. 2. casu 190. & casu 207. & seqq.*

85 Porque si en la sentencia de ellas, y comun de los Doctores, es cierto supuesto, q̄ el que pretende la delacion à su juramento, ha de justificar aver perdido su alhaja, y interese, y serle dificil la prueba de èl. Vt istat ex prædict. text. *in actioniobus, §. vltim. & in leg. Cum furti, ff. de in litem iur.* Et ex text. *in leg. Semper 15. §. Sed quod, ff. quod vi aut dam.* Et tenet Menoch. *de Arbitr. dict. lib. 2. casu 208. n. 1.*

86 Si lo que pretende Fedriani es la restitucion de las mercaderias, y generos de la qualidad, que contratò en Genova, y que expressa la q̄ llama verdadera Factura dellos, hasta aora no ha probado, que los remitidos fuessen de la referida calidad, si consta por su confession en su primero pedimento hecha, de que hablamos supra, que los que reconocio, no correspondian al peso, y ley, que debian tener.

87 Sin que obste replique, que en

esto

esto mismo consiste su accion, por impossibilitarle oy D. Juan la justificacion de ella, y averseles impossibilitado el año de 701. por no aver exhibido la Factura, que pretendiò exhibiesse; porque aora, ni en aquel tiempo ha cooperado Don Juan à impossibilitar la prueba: no aora, por no poderle precissar Fedriani, à que tuviesse reservadas las mercaderias con tanta perdida de sus Correspondientes, y de èl mismo, como està ponderado.

88. No en aquel tiempo del año de 701. porque como està dicho, teniendo promp to remedio para probar, si avia avido fraude, ò mutacion de las mercaderias, estando en poder de Don Juan, poniendolas de peor calidad, no vsò de este recurso, ni de el facil remedio, que para ello tenia: y aviendo omitido el executarlo, siendo tan oportuno tiempo para ello, solò por èl quedò, y estuvo en su culpa. Vt istat ex text. *in cap. Licet Episcopus, de Probat. in 6. &* *in cap. Commissa, de Elect. in 6.* Et tenet Mascard. *de Probat. conclus.* 1092. Mieres *de Maiorat. 4. part. quæst.40. num.* 54. Ex eis, & alijs Dom. Salgad. 3. *part. Labyrint. cap.* 11. *n.* 37. y no la debe imputar à otro, ni incluir à D. Juan en ella, ni en el dolo, de que le acusa, ni sacar del suyo la vtilidad, que siempre fue reprobada, vt supra probabimus.

89. Y si lo que pretende es la restitucion de las mercaderias, que hallò existentes en poder de Don Juan, y que èl mismo reconociò, menos se puede diferir à su juramento, por no ser assi tenga dificultad la prueba, ni de la calidad de las mercaderias, ni de el valor, que en

aquel tiempo tenian, estando como està en los autos plenamente justificado vno, y otro. Y antes de passar à esta demostracion, y convencimiento del dolo de Fedriani, segun ellos, notamos para precissa exclusion de la delacion de el juramento, si lo pretende, para la justificacion de el valor de las mercaderias de la especie, que dize se contrataron.

90. Que no aviendolas èl visto, ni tenido conocimiento de ellas, ni puede pretender, ni se le debe conceder el juramento pretendido para prueba de su estimacion; porque para ello era necessario las huviesse visto, tuviesse conocimiento de su legitima calidad, y valor, lo que no consta: en cuyo caso no es dable la concessión de dicho juramento. *Cap. Qui exigit.* 22. *quæst.* 5. Plotus *de in Litem Iur.* §. 51. *num.* 6. Escob. *de Ratiocin. cap.* 9. *num.* 39. Ex eis, & alijs Dom. Olea *in Miscelanea, tit.* 6. *num.* 4.

91. Siendo la razon, que por este se prueba la estimacion de la cosa, que se pretende, *secundum text. in leg.* 1. verb. *Estimatur, & in leg.* 2. 3. 4. & 5. *ff. de in Litem Iur.* Hermosill. *in leg.* 8. *tit.* 3. *part.* 5. *Gloss.* 6. *num.* 5. y mal puede deponer de la referida estimacion sin nota de perjuro, y temerario, quien no viò, ni conociò la prenda, que pretende se le restituya, como sucediò à Fedriani: lo que se prueba asi de no aver intervenido en la remission de las caxas, ni saber de que especie fueron las mercaderias introducidas en ellas; porque aunque al tiempo del contrato estuviesse en Genova, este se otorgò, supuesta especie generica de las mer-

caderias

caderias que compraba, que quedaron por mas tiempo de seis meses en poder de Solaro, y no puede saber las que este entregò, y realmente fueron remitidas.

92 Las quales, que fuessen de infima calidad, que aun no tenian vendidas a dinero de contado en Cadiz los valores, en que las dà por vendidas Don Juan en su relacion, se justifica plenamente por las deposiciones de siete testigos, hombres de negocios de la Ciudad de Cadiz, que examinados en la probança de D. Juan, contestes deponen, que siendo las mercaderias de la qualidad que Don Juan especificò en su relacion, se vendieron à los mas altos precios, y que la listoneria fue beneficiada en mas de su regular estimacion; añadiendo tambien, que si se huviessen guardado hasta el año de 713. ya estuvieran podridas, y de ningun valor.

93. Y que la qualidad expressada por Don Juan en su dicha relacion sea la misma, que la que tenian las remitidas, se prueba por muchos, y vehementes indicios, de que siendo Solaro comerciante, estando en su poder las mercaderias contratadas, y teniendo promptos catorze mil y quinientos pesos, que avia prestado Don Juan Lorenço Saporito en Genova, y faltando solo dos mil quinientos y treinta y cinco, y dos sueldos, no quiso confiar la remission de las mercaderias, ni que corriesse por su quenta el credito, è hypoteca por dichos dos mil quinientos y treinta y cinco pesos, queriendo mas bien exponerse à perder el negociado executado, que no confiar tan corta cantidad, no assegurandose para su paga con el valor de todas las

merca-

mercaderias, supuesto el primero prestamo he-cho por Don Juan Lorenço de los catorze mil y mas pesos.

94 Justificase este hecho de la carta escrita por Saporina à Fedriani el dia segundo de Junio del año de 701. del qual se infiere la poca con-fiança, que tenia Solaro, de que el valor de las mercaderias que entregaba, equivaliesse al pago de los catorze mil y mas pesos ya prestados con los interesses de riesgos maritimos, y demàs gas-tos, que se avian de seguir hasta que estuviessen en poder del Correspondiente de tierra, y jun-tamẽte de los dos mil quiniẽtos y ochenta y cin co pesos, que no quiso confiar con la dicha hy-poteca, sin embargo de las instãcias de Saporina.

95. Es tambien prueba de la mala calidad de dichas mercaderias, el que aviendo dado orden el mismo Saporina, para que que-riendo la casa de los Genoris de Cadiz entregar-se en las referidas caxas, pagando los catorze mil y quinientos pesos de Don Juan Lorenço, y los interesses, y demàs gastos, obligandose à favor de Saporina por razon de su credito de dos mil quinientos y ochenta y cinco pesos, que fue to-do el desembolso, reconocidas dichas mercade-rias por Don Geronimo Genori, como lo con-fiessa Fedriani, y el mismo Genori en respuesta de papel, que le escriviò Don Juan Domingo, en la que expressa la mala calidad, que recono-ciò en las mercaderias, y no corresponder à la muestra, que tenia Fedriani, no consta, que Ge-nori hiziesse el desembolso, ni se entregasse en las mercaderias, ni que Fedriani por este facil medio huviesse conseguido el desempeño.

Es

96. Es mas prueba del assumpto, el que no obstante lamentarse Saporina en las cartas escritas à Fedriani desde el año de 704. ya vendidas las mercaderias, de que Don Juan Domingo no avia correspondido al saneamiento de su credito, que le avia ofrecido en la referida carta escrita à Fedriani en el dicho dia 2. de Junio del año de 701. afirma, aver sido milagro el poder averle remitido las referidas mercaderias, refieselo assi la carta, ibi: *Aqui tiene V.m. comprobado el milagro executado sobre las mercaderias del negocio con el señor Solaro.* Y aunque no dize en que consistiò el milagro, no es menester lo expresse, quando se infiere de no serlo, que vn negocio hecho se efectue, y que vn correspondiente à otro le remita los generos negociados, ni tampoco, que sobre hypotecas que exceden el valor del prestamo, y lo asseguren, aya quien lo haga con los premios, è interesses regulares, pues esto es muy proprio en comerciantes.

97. Luego el milagro comprobado no puede ser otro, que aver hallado los catorze mil y mas pesos con la hypoteca de las referidas mercaderias, de que ninguno, si no es con el engaño de supuestos valores confiara, como succediò à Don Juan Lorenço, y no à otros, à quienes se solicitò para el mismo negociado, y no quisieron entrar en èl con ciencia de no alcançar el valor de la hypoteca al empeño, como lo testifican los testigos de las informaciones nuevamente presentadas, y hechas en Genova.

98. Que siendo de testigos fidedignos, que deponen los mas de su proprio hecho,

es de mucha autoridad su fee. Dom. Covarrub. *in Pract. cap.* 33. *num.* 3. *in fin.* Menoch. *lib.* 2. *de Arbit. casu* 99. *num.* 1. Valasco, *consult.* 73. *n.* 1. *& per tot.* donde prueba, que solo vn testigo de esta calidad haze plena probança.

99. Sin que obste, no estèn examinados en la forma regular, que en este Reyno se practica, por estar conforme à la costumbre del Senado, y Tribunales de Genova, que se debe atender, observar, y estar à ella, por ser distintas las de cada Reyno. Dom. Salg. *part.* 1. *de Retent. cap.* 2. *n.* 129. *vbi fundat.*

100. Y de dichas informaciones se prueba tambien, que la especie de las mercaderias remitidas fue infima, por deponerlo assi D. Juan Angel Maria Guivardi, Corredor de Genova, que intervino al trato, y que en èl no se detuvo Saporina, ni Fedriani en dar à las mercaderias los precios, que les puso Solaro, y que siempre entendiò, que en ellos fue incluìdo el descuento de los once mil pesos, en que se estimò el balsamo; afirmando tambien, que el referido balsamo està en sèr en el Puerto Franco de dicha Ciudad, sin que aya podido el Solaro beneficiarlo por ningun dinero, ni otros comerciantes de aquella Ciudad, con quienes tambien negociò parte de èl Fedriani.

101. Contestando con lo referido D. Juan Gagrica, que fue vno de aquellos que negociò con Fedriani à trueque de balsamo, y D. Benito Bagnacio, el que afirma sucediò lo mismo en otros dos negocios, y cõtesta en lo invtil del balsamo, y todos, que el Fedriani, para negociar con èl, llevaba muestras de balsamo de

buena

buena calidad, con cuya suposicion contrataba, pero sin ninguna vtilidad, pues los valores de las mercaderias suplian al negociante, el que de el balsamo no podia sacar, como testifican los referidos, y otros testigos, sucediò en el contratò hecho con Solato.

102. Justificandose asimismo por certificaciones sacadas de el Libro de el referido Puerto Franco, del qual consta el registro de dicho balsamo, y estàr oy existente, cuya justificacion absolutamente excluye el juramento in litem pretendido.

103 Pues si este se introduxo por remedio subsidiario en caso de dificil prueba de la cosa demandada para estimar su valor conforme al juramento del Actor. Vt istat ex text. suprà cit. & tenet D. Gonç. *in cap. Super eo, de his quæ vi, num.6.* si se atiende à la prueba, que resulta del pleyto, se halla clara del valor que tuvieron las mercaderias, que recibiò Don Juan; y convencido de falso, que las remitidas no fueron de la especie, que pretende Fedriani, ni tuvieron la qualidad, que ha afirmado, y consistiendo la estimaciō en la qualidad referida, mal puede concedersele conforme à ella facultad para que la jure.

104. Especialmente quando no se debe dexar à su arbitrio del que pide el juramento, el que dè à la cosa demandada el valor que quisiere, ya sea de afeccion, ya sea de verdad el juramento, que se difiere, por ser precissa regulacion, y tassacion à arbitrio del señor Juez, que determina de la cantidad, que el interessado ha de jurar. *Text. in leg.4. §.1. ff. de in Litem Iur.*

& in

& in leg. 3. §. 1. ff. ad exhib. & in leg. Arbitriũ 18. ff. de dolo. Text. in leg. 2. tit. 11. part. 3. Menoch. *de Arbit. casu* 208. *num.* 4.

105. Y no hallandose en este pleyto posibilidad en la regulacion al arbitrio; pues si este ha de ser teniendo presente la qualidad de la cosa demandada, ò es la que pide Fedriani la que consta de sus Facturas, ò la que vino à poder de Don Juan; si la que consta de sus Facturas, no tiene mas prueba su estimacion, que la que le ha querido dàr por sus alegatos, pues ni ha articulado, ni probado remission de mercaderias con la qualidad que pretende, ni existencia en poder de Don Juan, ni que este innovasse cosa alguna en ellas: Demàs de estàr excluìdo este hecho con las probanças hechas por D. Juan, y conjecturas suprà ponderadas.

106. Ni tampoco ha probado, què valor pudieran tener las mercaderias, aun en la especie qne las pretende: Con que no ay hecho, de que se informe el animo para el arbitrio de la cassacion.

107. Si es la que realmente vino de Genòva, como resulta plenamente justificado, estando presentes los valores que tuvo en Cadiz, y los excessivos que se le dieron en Genova, para suplir los que el balsamo compensaba, y que no huviesse perdida por su invtilidad, no parece puede estimarse otra distinta prueba, ni hazerse juizio de mas estimacion, que la que està justificada; pues esto no fuera buscar subsidiario remedio, è irregular por defecto de prueba, si buscar remedio (como lo solicita Fedriani) para que la verdad plenamente probada, no sea atendida.

108. Y no diferirle el juramento de ella, si no es el de su afeccion à las mercaderias, que supone, y valores, que conforme à ella les dà, el qual no fue prevenido por el derecho para este caso. Vt constat *in leg. Nummi, ff. de in litem iur.* Et tenet Menoch. *dict. lib. 2. de Arb. casu* 207. *num.* 5. Leotardo *de Vsur. quæst.* 77. *num.* 5.

109 Y aunque estos textos, y autoridades hablen en el caso de dinero depositado, ò que con dolo se ocultò, ò con violencia fue quitado, succede lo mismo en las mercaderias referidas, las quales, por ser generos comunes, y que inter se recipiunt functionem, no se pueden estimar en mas, que aquello que el Comercio aprecia semejantes, y cumple el Depositario, ò el que las tiene con entregar el valor en q̃ fueron apreciadas. Vt tenet Dom. Castill. *lib.* 3. *controv. cap.* 16. *num.* 33. Morl. *in Emp. iur. in prætermissis, tit.* 8. *num.* 28. Hermosill. *in leg.* 2. *tit.* 3. *part.* 5. *gloss.* 3. *num.* 2. *& seqq.* Dom. Salg. 3. *part. Labyrint. cap.* 11. *n.* 21. Dom. Larr. *decis.* 14. *num.* 21.

110 Afirmando el señor Salgado, *num.* 22. que siempre que huvo numeracion de la cosa depositada, y fue dada al Depositario facultad para vsar de ella, se haze deudor de el genero, y no puede ser reconvenido para su identica restitucion, quedando de su quenta el caso fortuito, quod probat ex multis.

111 Y es digno de reflexion en nuestro caso, por aver sido el pacto, y conforme à èl el orden, que Don Juan tuvo de poder vsar de las mercaderias, y venderlas passados dos meses de

L su

ſu llegada à Cadiz; no eſtando deſempeñadas; conque aunque no fueſſe tan ſin fundamento la accion de Fedriani para ſu reſtitucion, y eſta la debiera hazer Don Juan, ſolo debiera entenderſe del valor del genero depoſitado, y no del miſmo, & ex hoc capite, tambien faltara fundamentos para al pretendido juramento *in litem.*

112 El que tampoco es dable conceder por razon de los daños, que pretende Fedriani; pues ſi eſtos los pretende, por razon de no eſtàr exiſtentes las referidas mercaderias, ni ha probado ſe le ayan ſeguido algunos, ni es dable lo pruebe; porque ſegun ſu naturaleza, yà eſtuvieran conſumidas, ò muy deterioradas. Dom. Salgad. *part.* 1. *Labyrint. cap.* 20. *num.* 31. ibi: *Earum enim rerum, quæ tempore conſumuntur, proprietatem quotidie alienari, & pede tentim conſummi neceſſe.*

113 Y ſi los pretende por razon de no averſele entregado al tiempo, que llegaron de Genova, fue ſuya la culpa, pues no ſolicitò ſu deſempeño; y aſsimiſmo ſe los debe imputar, aunque huvieſſe algunos, pues mal puede pretenderlos, de lo que dexò de vtilizar con caudal ageno, como quiera, que en las mercaderias no avia otro, que el de Don Juan Lorenço, deſembolſado en Genova, y el que Don Juan Domingo deſembolsò en Cadiz, por razon de fletes, y demàs gaſtos, motivos que hazen juſto el pago, que pretende de la cantidad en que alcançò, la que fuera mucha mas permaneciendo el empeño de las mercaderias, y eſtando exiſtentes, no pagado el credito de Don Juan Lorenço; pues eſte con los intereſſes de tierra, ſua

ſuperara

perara con imponderable excesso, aunque fuesse muchas vezes multiplicado todo el valor, que les dà Fedriani, è injustamente pretende se le pague.

114 Luego si no tuvo accion para exhibicion de Factura en la forma que la pretẽdia, ni se aquietò à que Don Juan exhibiesse sus Libros, como lo ofreciò, para reconocer la distincion de las mercaderias, que se le avian remitido, ni tampoco le hizo falta Factura alguna para el fin del reconocimiento, que pretendia, y vsar del derecho, que afirmò tener contra Solaro, pues para todo le bastaba la Factura, que èl mismo tenia, y por esta causa no reclamò el auto, en que se declarò, no aver lugar su exhibicion.

115 Concurriendo el no deberla hazer Don Juan de las mercaderias, pretendidas por las razones dichas, y por las mismas ser imaginarias, como sus valores, las que pretende Fedriani, y que esto procede del contracto de Genova, no de hecho de Don Juan, quien ha dado puntual, y verdadera relacion de los valores à que vendiò, y los ha comprobado plenamente, parece es temeraria la pretension de Fedriani sobre la exhibicion de las mercaderias, y delacion de juramento por su defecto, y no ser caso el de este pleyto de este subsidiario remedio, que solo se dà al afligido, que por dolo, y culpa agena perdiò su interesse, y no al que con dolo proprio, pretendiendo de èl, y de sus omisiones sacar vtilidad, temerariamente litiga, demandando interesses, siendo deudor, y no acreedor, causas porque se le debe deneger,

con-

condenãndole al pagõ de el alcãze; que contra èl resulta, ò alomenos dexando reservado à Don Juan este derecho, confirmando en lo favorable la sentencia de el Ordinario, como lo espera, ex dictis. Salva in omnibus V. D. C.

Lic. Don Felix de Herrera.